

25. 1. Zur Darlegungs- und Beweispflicht des Klägers, der ein früheres Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen pflichtwidrigen Verhaltens in Anspruch nimmt.

2. Kann das Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, das wegen pflichtwidrigen Verhaltens haftbar gemacht wird, zu seiner Entlastung geltend machen, der Aufsichtsrat sei mangels sachungsmäßiger Besetzung beschlußunfähig gewesen? Was kann das einzelne Mitglied eines beschlußunfähigen Aufsichtsrats tun, um eine Ergänzung des Aufsichtsrats herbeizuführen oder um den Geschäftsführer zu überwachen und zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten?

3. Unter welchen Voraussetzungen ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung geschädigt, wenn trotz Überschuldung kein Konkursantrag gestellt worden ist?

4. Kann ein Gesellschafterbeschluß, durch den die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihren Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern Entlastung erteilt, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein?

GmbHG. § 52. HGB. § 249 Abs. 2. BGB. § 138.

II. Zivilsenat. Urt. v. 7. Juni 1939 i. S. B. (Bekl.) w. Landkreis D. u. a. (Rl.). II 199/38.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Kläger sind Gläubiger der in Konkurs befindlichen „Bauernsiedlung GmbH.“ (kurz: BS.). Diese Gesellschaft hatte sich in ihrer Satzung als „gemeinnützig“ bezeichnet, war aber weder vom Handelsregister noch von den Finanzbehörden als gemeinnütziges Unternehmen anerkannt worden. Nach § 9 des Gesellschaftsvertrags war die Bestellung eines Aufsichtsrats vorgesehen, der anfangs aus drei bis neun, seit der am 23. Februar 1928 beschlossenen und am 24. September 1928 eingetragenen Satzungsänderung aus fünf bis neun auf die Dauer von drei Jahren von der Gesellschafterversammlung zu wählenden Mitgliedern bestehen und nur bei Anwesenheit der Mindestzahl beschlußfähig sein sollte. Die Geschäftsführer wurden durch die Gesellschafterversammlung bestellt. Seit Anfang 1928 war die

UGB. AG. alleinige Gesellschafterin der BS. Zwischen beiden Gesellschaften bestand von vornherein eine enge persönliche und sachliche Verbindung. Alleinige Vorstandsmitglieder der UGB. waren K. und R. K. gehörte zugleich (bis zum 23. Februar 1928) dem Aufsichtsrat der BS. an; R. war zu ihrem Geschäftsführer bestellt. Das eigentliche Siedlungsgeschäft sollte die BS., die Geldgeschäfte die UGB. besorgen. In der Gesellschafterversammlung vom 23. Februar 1928 wurde die Erhöhung des Stammkapitals der BS. von 50000 RM. auf 100000 RM. beschlossen. Den neuen Geschäftsanteil von 50000 RM. übernahm der Beklagte. In derselben Versammlung wurde er, neben zwei anderen, zum Mitgliede des Aufsichtsrats gewählt. Zu einer Erhöhung der Mitgliederzahl auf fünf ist es nie gekommen. Die Kapitalerhöhung wurde am 24. September 1928 in das Handelsregister eingetragen, nachdem 25 v. H. mit 12500 RM. am 23. Februar 1928 eingezahlt worden waren. Die Beteiligung des Beklagten an der BS. beruhte auf einem „Konfortialvertrage“ vom 4. Januar 1928, den der Beklagte mit der BS. und der UGB. geschlossen hatte. Danach sollte er gegen Hergabe von Darlehen an dem Gewinn der einzelnen Siedlungsgeschäfte mit 50 v. H. beteiligt sein. Der genauere Inhalt dieses Vertrages, der nicht mehr aufzufinden war, hat sich nicht feststellen lassen. Unstreitig hat der Beklagte, außer der Einzahlung von 12500 RM. auf den Geschäftsanteil, im Januar 1928 20000 RM. und im März 1928 weitere 10000 RM. als Darlehen gegeben, so daß er insgesamt mit 42500 RM. beteiligt war. Nach seiner Behauptung stammen alle von ihm eingezahlten Beträge von der damals von ihm vertretenen, inzwischen ebenfalls zusammengebrochenen B. Wohnungsbau AG., zu deren Nutzen er gehandelt haben will. Auf sie übertrug er demnächst auch seinen Geschäftsanteil an der BS.

Etwa seit November 1928 war der Beklagte bemüht, sich von der BS. zu lösen, die eingezahlten Kapitalien zurückzuerlangen und den ihm nach dem Konfortialvertrag angeblich zustehenden Gewinnanteil ausbezahlt zu erhalten. Die BS. und die UGB. waren mit der Lösung der Beziehungen zum Beklagten grundsätzlich einverstanden, da sie in v. H. einen neuen Geldgeber gefunden hatten, der auch den Geschäftsanteil des Beklagten erwerben sollte. Nach längeren Verhandlungen kam ein Vertrag zwischen der UGB. und dem Beklagten zustande, dessen Inhalt mit Schreiben vom 7. Januar 1929 bestätigt

wurde. Danach sollte die UGB. an den Beklagten 75000 RM. zahlen, und zwar 60000 RM. bar, den Rest durch Hingabe einer Hypothek. Für die 60000 RM. wurden Wechsel gegeben, die das Akzept der B.E. trugen. Tatsächlich ist der Beklagte bis Juli 1929 im wesentlichen abgefunden worden, obwohl einige Wechsel zu Protest gegangen waren. Daraufhin trat der Beklagte namens der B. Wohnungsbau AG. im Juli 1929 den Geschäftsanteil von 50000 RM. an v. S. ab, der ihn jedoch nur als Treuhänder der UGB. erwarb. Im Zusammenhange mit seiner Abfindung schied der Beklagte auch aus dem Aufsichtsrat der B.E. aus, und zwar nach Angabe der Kläger am 27. Juli 1929, nach seiner eigenen Behauptung bereits am 7. Januar 1929.

Im Herbst 1930 brachen sowohl die B.E. als auch die UGB. zusammen. Nach dem vergeblichen Versuch eines Vergleichsverfahrens kam es am 25. November 1930 zum Konkurse. Hierbei stellte sich heraus, daß beide Unternehmungen von K. und K. auf betrügerischer Grundlage aufgebaut waren und daß ihre Mittel nur herrührten aus Krediten gewonnener Geldgeber, aus Vorschüssen der Siedler und aus rücksichtsloser Ausschüttung der Güter unter Mißbrauch der von den Eigentümern ausgestellten Generalvollmachten. Die unzuverlässige Grundlage und die gewissenlose Geschäftsführung führten, wie der Beklagte nicht bestreitet, zwangsläufig zum Zusammenbruch beider Unternehmungen. Im Frühjahr 1931 drohte die Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermögen der B.E., weil sich als einziger Vermögenswert die angeblichen Ansprüche gegen die früheren Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder ergaben und die Mittel zur Führung von Prozessen fehlten. Um dieses Ergebnis abzuwenden, trat der Konkursverwalter im April 1931 die Rückgriffsansprüche gegen die Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder der B.E. an drei Konkursgläubiger, die Kläger, ab; diese hatten sich bereit erklärt, den Prozeß gegen den Beklagten auf eigene Kosten durchzuführen, und sich verpflichtet, einen bestimmten Hundertsatz des etwaigen Reinerlöses an den Konkursverwalter abzuführen.

Die Kläger verfolgen verschiedene Ansprüche gegen den Beklagten aus seiner früheren Stellung als Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglied der B.E. und stützen die im April 1932 erhobene Klage teils auf die Abtretung oder Ermächtigung des Konkursverwalters, teils auf eigenes Recht. Sie haben einen Teilbetrag von 37500 RM. nebst Zinsen eingeklagt und begründen den Klageanspruch

u. a. damit, daß der Beklagte in mehrfacher Hinsicht seine Pflichten als Mitglied des Aufsichtsrats gröblich verletzt habe (§ 52 GmbHG. in Verb. m. § 249 Abs. 2 HGB.). Daß die B.S. schädigende pflichtwidrige Verhalten sehen sie darin,

a) daß der Beklagte nicht rechtzeitig für die Anforderung der restlichen Stammeinlage eingetreten sei,

b) daß er während seiner Amtstätigkeit ein ungeheures Anwachsen der Verschuldung der B.S. geduldet habe, indem er, statt eine gebiegene Geschäftsführung zu fördern, sein Augenmerk nur auf die Errechnung und Herausholung möglichst hoher Gewinne für sich gerichtet habe,

c) daß er vermöge dieser Einstellung noch während seiner Amtszeit die Eingehung der wirtschaftlich nicht zu verantwortenden Verbindlichkeiten gegenüber den Klägern zu 1 und 2 geduldet habe,

d) daß er pflichtwidrig die Geschäftsführer nicht schon im Jahre 1928 veranlaßt habe, den Antrag auf Konkursöffnung gemäß § 64 GmbHG. zu stellen; nur dadurch sei auch die nach seinem Ausscheiden entstandene Verbindlichkeit der B.S. gegen die Drittklägerin noch ermöglicht worden.

Der Beklagte hat seine Haftung wegen Pflichtverletzung als Aufsichtsratsmitglied bestritten. Hierzu hat er geltend gemacht, ein beschlußfähiger Aufsichtsrat sei überhaupt nicht gebildet worden, und er habe, soweit es in seiner Macht gestanden habe, als einzelnes Aufsichtsratsmitglied zu handeln, alles getan, um die Geschäftsführung zu überwachen. Er sei jedoch selbst von R. und K. getäuscht worden. Solange er dem Aufsichtsrat angehörte, sei die B.S. weder zahlungsunfähig noch überschuldet gewesen; jedenfalls habe er dergleichen nicht erkennen können. Der Beklagte beruft sich ferner darauf, daß ihm in der Gesellschafterversammlung vom 12. September 1929 Entlastung erteilt worden sei und daß die B.S. bereits im Vertrage vom 7. Januar 1929 auf alle etwaigen Ansprüche gegen ihn verzichtet habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht aber den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Seine Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht läßt alle anderen Ansprüche und Klagegründe dahingestellt und gibt als Grund für die Verurteilung

des Beklagten lediglich an, dieser habe seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied dadurch verletzt, daß er nicht für rechtzeitige Anmeldung des Konkurses durch den Geschäftsführer gesorgt habe. Die Verurteilung ist somit ausschließlich auf § 52 GmbHG. in Verbindung mit § 249 Abs. 2 HGB. gestützt . . .

Die Stellung eines Konkursantrages wäre freilich gemäß §§ 64, 84 GmbHG. ausschließlich Sache der Geschäftsführer der Gesellschaft gewesen. Jedoch fällt es in den Rahmen der Überwachungsspflicht des Aufsichtsrats, daß er die Geschäftsführer zur Stellung eines solchen Antrages veranlaßt, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Es fragt sich daher in erster Linie, ob der Beklagte insoweit seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied der Sache nach verletzt hat. In dieser Hinsicht kommt es zunächst darauf an, in welche Zeit diese Pflichten fallen. Das Berufungsgericht stellt hierzu rechtlich einwandfrei fest, der Beklagte sei in der Gesellschafterversammlung vom 23. Februar 1928 zum Aufsichtsratsmitglied gewählt worden, und damit hätten, da er das Amt auch angenommen habe, die mit dem Amte verbundenen Pflichten begonnen, ohne daß es erst einer besonderen „Konstituierung“ des neuen Aufsichtsrats, d. h. eines Zutrittseintritts seiner Mitglieder und der Wahl eines Vorsitzenden, bedurft habe. Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch seine Feststellung, der Beklagte habe das Amt erst am 27. Juli 1929 niedergelegt (wird näher ausgeführt.) Eine andere Frage ist, von welchem Zeitpunkt ab der Aufsichtsrat und insbesondere auch der Beklagte als dessen Mitglied die Pflicht gehabt hätte, auf Stellung des Konkursantrages zu dringen. Das Berufungsgericht stellt hierzu auf Grund des vom Bücherprüfer S. in der Strafsache gegen R. erstatteten Gutachtens fest, daß die B.G. schon am Tage der Zwischenbilanz zum 31. Juli 1928 die Grenze der Überschuldung überschritten hatte. Demgemäß hätte, wenn diese Zwischenbilanz ordnungsgemäß aufgestellt worden wäre, der Geschäftsführer schon damals, also im August 1928, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens beantragen müssen (§ 64 GmbHG.). Für die Mängel dieser Zwischenbilanz ist der Beklagte als Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich mitverantwortlich, da die Überwachung der Bilanzfeststellung zu den Aufgaben des Aufsichtsrats gehört. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts sind dahin zu verstehen, daß seit dieser Zeit die B.G. aus dem Zustande der Über-

schuldung nicht mehr herausgekommen sei, wenn auch nähere Feststellungen hierzu fehlen. Das pflichtwidrige Verhalten des Aufsichtsrats und auch der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder liegt also nach der rechtlich einwandfreien Auffassung des Berufungsgerichts darin, daß sie die sachwidrige Zwischenbilanz zum 31. Juli 1928 ebenso wie die späteren Bilanzen, die ebenfalls die bestehende Überschuldung noch nicht erkennbar machten, unbeanstandet hingenommen und demgemäß den Geschäftsführer auch nicht veranlaßt haben, unverzüglich die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen.

2. Bei der Prüfung des Verschuldens des Beklagten geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß diesen die Beweislast treffe. Denn der Aufsichtsrat hat nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich für jeden Mißerfolg seiner Überwachungstätigkeit im Rahmen seines Pflichtkreises einzustehen und im Falle eines solchen Mißerfolges den Nachweis zu erbringen, daß er ohne sein Verschulden nicht in der Lage gewesen sei, das schädigende Ereignis abzuwenden. Demgemäß haben die Kläger lediglich den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem angeblich schädigenden Ereignis, das abzuwenden der Beklagte verpflichtet war, und dem Schaden selbst nachzuweisen. Ein schädigendes Ereignis in diesem Sinne kann entweder die Nichtverhinderung pflichtwidriger Handlungen (z. B. leichtfertiger Kreditgewährung) oder die Nichtherbeiführung bestimmter pflichtmäßiger Handlungen der Geschäftsführer sein. Im vorliegenden Fall ist es die Nichtherbeiführung eines rechtzeitigen Antrages auf Konkursöffnung. Für die Ursachen dieses Mißerfolges seiner Amtstätigkeit fällt dem auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitgliede die volle Darlegungs- und Beweislast zu. Das gilt insbesondere für die Frage, ob dem Beklagten etwa ein erfolgreiches Eingreifen deshalb unmöglich war, weil der Aufsichtsrat nicht satzungsgemäß zusammengesetzt und aus diesem Grunde beschlußunfähig war. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht diese Frage im Zusammenhang mit der Verschuldensfrage erörtert. Die Ausführungen, in denen die Revision die Frage der Möglichkeit einer Einwirkung des Beklagten auf den Geschäftsführer (zwecks Stellung des Antrages auf Eröffnung des Konkurses) vom Standpunkte der Ursächlichkeit der Pflichtverletzung des Beklagten für den Schaden behandelt, gehen also insoweit fehl; denn die Pflichtverletzung des Beklagten besteht nicht

nur in einem schuldhaften Verhalten, sondern sachlich in der Nichtherbeiführung des geschuldeten Erfolges. Die Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung hat aber grundsätzlich der Verpflichtete selbst zu beweisen (§ 282 BGB.) . . .

Das Berufungsgericht geht auf die einzelnen Umstände ein, die der Beklagte zu seiner Entlastung vorbringt, und weist sämtliche hierfür angeführten Gründe als ungeeignet zurück . . . Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an. Ihre Angriffe sind zum Teil berechtigt.

a) Mit Recht wirt die Revision dem Berufungsgericht zunächst vor, daß es die beschränkten Eingriffsmöglichkeiten, die der Beklagte infolge der unvollständigen Besetzung des Aufsichtsrats hatte, nicht genügend berücksichtigt habe. In der Gesellschafterversammlung vom 23. Februar 1928 war eine Satzungsänderung dahin beschlossen worden, daß der Aufsichtsrat aus mindestens fünf (gegen bisher drei) Mitgliedern bestehe und nur beschlußfähig sei, wenn mindestens fünf von der Gesellschafterversammlung gewählte Mitglieder anwesend seien. Der Aufsichtsrat hat jedoch, wie das Berufungsgericht feststellt, damals nur aus drei (höchstens vier) Mitgliedern bestanden, und es sind, solange der Beklagte Aufsichtsratsmitglied war, auch keine weiteren Mitglieder bestellt worden. Die erwähnte Satzungsänderung ist allerdings erst am 24. September 1928 in das Handelsregister eingetragen und erst damit wirksam geworden. Von diesem Zeitpunkt ab und nicht erst — wie das Berufungsgericht annimmt — seit der darauf folgenden Gesellschafterversammlung war der Aufsichtsrat nicht mehr ordnungsmäßig zusammengesetzt und daher zugleich beschlußunfähig. Ob der Aufsichtsrat bei Erfüllung seiner Pflichten schon vorher die Möglichkeit gehabt hätte, die Unhaltbarkeit der Bilanz zum 31. Juli 1928 und die bereits bestehende Überschuldung zu erkennen, hat das Berufungsgericht, wenn auch der Beklagte für das Gegenteil beweispflichtig ist, in keiner Weise klargestellt. Seit dem 24. September 1928 war der Beklagte jedenfalls zu selbständigen Überwachungsmaßnahmen nicht mehr in der Lage (vgl. RÖB. Bd. 146 S. 145 [151]). Denn der Aufsichtsrat handelt grundsätzlich nur als Kollegium, und auch in dem Gesellschaftsvertrag ist dem einzelnen Aufsichtsratsmitgliede weder das Recht noch die Pflicht eingeräumt worden, den Vorstand selbständig zu überwachen. Der Geschäftsführer R. hat den Beklagten dann auch, als er mit Schreiben vom

30. November 1928 — wenn auch für seine eigenen Zwecke — Auskunft und Rechnungslegung verlangte, in der Antwort vom 1. Dezember 1928, sachlich zu Recht, mit dem Hinweise darauf abschlägig beschieden, daß das einzelne Aufsichtsratsmitglied zu solchem Verlangen nicht berechtigt sei. Dies schließt nun freilich nicht aus, daß der Beklagte nach wie vor verpflichtet gewesen wäre, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden, soweit es in seiner Macht stand. Infolgedessen hatte er in erster Linie die Pflicht, für eine baldige Wiederherstellung der verlorengegangenen Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats Sorge zu tragen. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß der Beklagte in dieser Hinsicht etwas versäumt hätte. In der Gesellschafterversammlung vom 11. Dezember 1928 wurde eine Ergänzungswahl vergeblich versucht, weil sich die beiden Gesellschafter, die von K. und Dr. v. S. (Sohn) vertretene UG. und die vom Beklagten vertretene B. Wohnungsbau UG., von denen jeder 50 v. S. der Anteile vertrat, hierüber nicht einigen konnten. Der Beklagte erklärte darauf, daß er sich die „Prüfung der nunmehr bestehenden Rechtslage“ vorbehalte. Was er in dieser Hinsicht dann weiter getan hat, inwieweit ihm nach dem 7. Januar 1929 überhaupt noch Einblick in die Geschäftsführung gewährt worden wäre, wenn er sich darum bemüht hätte, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht ausgeführt. Zu Gunsten des Beklagten ist daher für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß er weiter bemüht gewesen ist, eine Ergänzung des Aufsichtsrats herbeizuführen, oder daß seine etwaigen Bemühungen wegen des andauernden Widerstandes der UG. keinen Erfolg gehabt hätten. In diesem Falle wäre dem Beklagten schließlich nichts weiter übrig geblieben, als sein Amt als Aufsichtsratsmitglied niederzulegen. Jedoch bleibt die Frage offen, ob der Beklagte dadurch den Erfolg herbeigeführt hätte, dessen Nichtherbeiführung ihm das Berufungsgericht zur Last legt. Wenn er auch, wie oben ausgeführt ist, beweispflichtig dafür ist, daß er nicht die Möglichkeit gehabt habe, wirksam einzuschreiten, die Mängel der Bilanzen aufzudecken und den Antrag auf Konkursöffnung durchzusetzen, so war doch mit den geschilderten Vorgängen immerhin eine Lage geschaffen, die einem wirksamen Eingreifen des Beklagten und der Aufdeckung der Überschuldung der B.G. durch ihn möglicherweise und, wie man vielleicht sogar sagen kann, dem ersten Anscheine nach im Wege stand. Angesichts der Schwierigkeiten, vor denen der Beklagte infolge der

Beschlußunfähigkeit des Aufsichtsrats gestanden hat, und der Grenzen der Möglichkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes, wirksam einzuschreiten, hat das Berufungsgericht jedenfalls den Sachverhalt in den angegebenen Richtungen nicht erschöpfend gewürdigt.

Ausgeschlossen ist es freilich nicht, daß der Beklagte auch als einzelnes Aufsichtsratsmitglied schon bei eigener Prüfung die Mängel der ihm vorgelegten Bilanzen hätte erkennen können. Das Berufungsgericht scheint dies anzunehmen, indem es sagt: alle Bilanzen seien „offensichtlich falsch“ gewesen; der Beklagte habe seit Herbst 1928 ernste Zweifel an der wirtschaftlichen Lage der B.G. und dem Geschäftsgebaren von R. und K. bekommen und dem auch in seinen Briefen verschiedentlich Ausdruck verliehen. Vollenbds nach dem 7. Januar 1929, als die von der B.G. angenommenen Wechsel zum erheblichen Teile zu Protest gegangen seien, habe er gemußt, in welcher Lage sich die B.G. befunden habe. In der Gesellschafterversammlung vom 11. Dezember 1928 habe er sich nach den beruhigenden Erklärungen des Geschäftsführers R. „auffallend schnell ohne eigene Nachprüfung“ bereit gefunden, festzustellen, daß irgendwelche Besorgnisse nicht angebracht seien; hierbei habe er „seine Augen absichtlich verschlossen“ und gar nicht die Belange der Gesellschaft, sondern nur seine eigene Abfindung im Auge gehabt. Trotz der dem Beklagten hiermit gemachten schweren Vorwürfe liegt doch in alledem keine klare tatsächliche Feststellung, daß er die Bilanzfälschungen oder gar, worauf es in diesem Zusammenhange besonders ankommt, die bereits bestehende Überschuldung der B.G. wirklich erkannt habe oder auch nur von sich aus mit hinreichender Zuverlässigkeit hätte erkennen können. Diese Feststellung hätte auch einer näheren Begründung unter genauerer Darlegung der Bilanzverhältnisse bedurft. Daß das Berufungsgericht eine solche Feststellung nicht hat treffen wollen, ergibt sich insbesondere daraus, daß es sagt, der Beklagte hätte „notfalls“ Sachverständige zur Nachprüfung der Bücherabschlüsse heranziehen müssen. Das Berufungsgericht hat aus dem vorliegenden Sachverhalt auch nicht etwa die klare Folgerung gezogen, daß der Beklagte in dem angegebenen Punkte beweisfällig geblieben sei.

Hiernach ist für die Revisionsinstanz zu Gunsten des Beklagten zu unterstellen, daß er von sich aus, ohne Zuziehung von Sachverständigen, die Überschuldung der B.G. nicht erkannt hat und auch

nicht erkennen konnte. Dann erheben sich aber wiederum die Zweifel, in welcher Weise er angesichts der Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats als einzelnes Aufsichtsratsmitglied überhaupt die Möglichkeit gehabt hätte, den Bedenken weiter nachzugehen, die nach der Feststellung des Berufungsgerichts bei ihm aufgetaucht sind. Das Berufungsgericht meint, er habe nötigenfalls Sachverständige heranziehen müssen. Jedoch wäre er nicht verpflichtet gewesen, einen Sachverständigen aus eigener Tasche zu bezahlen; und selbst wenn er dazu bereit gewesen wäre, hätte er als einzelnes Aufsichtsratsmitglied keine Berechtigung gehabt, die Vorlegung der Bücher an den Sachverständigen zu verlangen. Alle diese Zweifelsfragen hätten im Berufungsurteil einer eingehenden Erörterung bedurft. Da es hieran fehlt, ist auf entsprechende Rüge der Revision das Berufungsurteil schon aus diesem Grunde wegen Verletzung des § 286 ZPO. aufzuheben.

b) Aber selbst wenn man davon ausgeht, daß der Beklagte zu einem näher festzusetzenden Zeitpunkt in der Lage gewesen wäre, die Überschuldung der BG. festzustellen, so bleibt doch noch die weitere Frage offen, was er daraufhin hätte tun müssen und können. Auch hierzu nimmt das Berufungsgericht unzureichend Stellung. Es sagt nur, der Beklagte habe den Geschäftsführer veranlassen müssen, den Konkursantrag zu stellen, und habe dieses Ziel, „notfalls unter Androhung einer Strafanzeige“, auch durchsetzen können.

Diese Erwägung ist nicht frei von Rechtsirrtum. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe den Geschäftsführer in der angegebenen Weise zur Stellung des Konkursantrages zwingen müssen, setzt voraus, daß er äußerstenfalls zur Erstattung einer Strafanzeige verpflichtet gewesen wäre. Das unterliegt jedoch erheblichen rechtlichen Bedenken. Ob es bei der Aktiengesellschaft zutreffen würde, obwohl sich auch hier entsprechend dem § 84 GmbHG. die Strafvorschriften wegen Unterlassens des Konkurs- oder Vergleichsantrages nur gegen die Vorstandsmitglieder und die Abwickler (Liquidatoren) richten (vgl. § 315 Abs. 1 Nr. 2 HGB., § 297 Nr. 2 und 3 AktG.), bedarf hier keiner Erörterung. Bei der GmbH. ist jedenfalls zu berücksichtigen, daß hier bislang ein Aufsichtsrat, anders als bei der Aktiengesellschaft (vgl. insbesondere jetzt § 297 Nr. 1 AktG.), kein notwendiges Gesellschaftsorgan ist, dem aus öffentlichen Rücksichten bestimmte Aufgaben überwiesen sind, daß bei der GmbH. vielmehr ein

Aufsichtsrat nur dann zu bestellen ist, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist, und daß es diesem auch überlassen ist, die Art und den Umfang der Überwachungsaufgaben des etwaigen Aufsichtsrats beliebig festzusetzen (vgl. § 52 GmbHG.). Ist danach ein Aufsichtsrat zu bestellen, so finden auf ihn allerdings zum großen Teile die für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Hierbei sind aber doch gerade wieder die Bestimmungen ausgenommen, die zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger erlassen worden sind, insbesondere der § 249 Abs. 3 HGB. in Verbindung mit § 241 Abs. 3 und 4 HGB. Ferner sind auch Pflichtverletzungen von Aufsichtsratsmitgliedern nur in dem besonderen Falle des § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. (wegen wissentlich unwahrer Darstellung oder Verschleierung der Vermögenslage der Gesellschaft) mit öffentlicher Strafe bedroht. Aus alledem erhellt, daß der Aufsichtsrat der GmbH. nur die Verpflichtung hat, die Belange der Gesellschaft als solcher, nicht aber auch öffentliche Belange wahrzunehmen (vgl. RGZ. Bd. 73 S. 392). Er untersteht ausschließlich der Gesellschafterversammlung. Wenn er also bei der ihm obliegenden Überwachungstätigkeit Pflichtwidrigkeiten der Geschäftsführer bemerkt und von sich aus keine Abhilfe zu schaffen vermag, bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Verhältnisse in der nötigenfalls von ihm einzuberufenden Gesellschafterversammlung darzulegen und dieser dann alle weiteren Maßnahmen zu überlassen. Falls auch dies zu keinem Erfolge führt, hat er seiner Pflicht genügt und kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, bildet es sogar den letzten Ausweg, um sich von weiterer Haftung zu befreien, wenn er nunmehr sein Amt niederlegt. Demgemäß wäre zu prüfen gewesen, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkte der Beklagte durch eine Mitteilung an die Gesellschafterversammlung, daß die Gesellschaft überschuldet sei, die Stellung des Konkursantrages hätte herbeiführen können. Falls sich der Beklagte darauf beruft, dies sei ihm nicht möglich gewesen, liegt ihm allerdings auch in dieser Hinsicht die volle Darlegungs- und Beweislast ob. Das Berufungsgericht hat jedoch den Sachverhalt nach diesen Richtungen überhaupt nicht geprüft, so daß auch deshalb das Berufungsurteil aufzuheben ist. . .

c) Einen weiteren Rechtsirrtum des Berufungsgerichts sieht die Revision in dessen Annahme, der Beklagte habe sich nicht auf die vom Bücherprüfer B. bescheinigten Bilanzen verlassen dürfen; sie meint,

er habe keine Veranlassung gehabt, die Richtigkeit und Zuverlässigkeit dieser Bilanzen in Zweifel zu ziehen. Diese Auffassung der Revision ist jedoch nicht zu billigen. Der Aufsichtsrat würde den ihm obliegenden Aufgaben nicht gerecht werden, wenn er die ihm vorgelegten, von einem Bücherprüfer bescheinigten Bilanzen blindlings hinnehmen wollte. Er hat sie vielmehr auf Grund seiner genaueren Kenntnis der gesamten Geschäftsverhältnisse einer eigenen sorgfältigen Prüfung zu unterziehen, und wenn diese Prüfung ihm Anlaß zu Bedenken gibt, hat er diesen unbedingt nachzugehen (vgl. z. B. RG. in DJ. 1937 S. 1685). Tut er dies nicht und hätte er bei sorgfältiger Prüfung, nötigenfalls unter Hinzuziehung eines von ihm beauftragten Sachverständigen, die Mängel der Bilanzen erkennen und die Überschuldung der Gesellschaft aufdecken können, so haftet er für die dadurch verursachten Schäden. Das Berufungsgericht stellt gerade fest, daß schon eine „oberflächliche Prüfung“ den Beklagten darüber belehrt haben würde, daß die Bilanzen nicht richtig sein könnten. . .

Für den Fall, daß das Berufungsgericht nunmehr bei Zugrundelegung der vorstehend erörterten Rechtsgrundsätze zu dem Ergebnis gelangen sollte, der Beklagte wäre, selbst wenn er seine Pflichten voll erfüllt hätte, während seiner Amtstätigkeit als Aufsichtsratsmitglied nicht in der Lage gewesen, die Stellung des Konkursantrages durch den Geschäftsführer herbeizuführen, wird es jedoch noch in Ermägung zu ziehen haben, ob die Beurteilung des Beklagten aus § 52 GmbHG. nicht aus einem anderen Gesichtspunkte gerechtfertigt ist. Die Klage ist nämlich noch auf weitere angebliche Pflichtwidrigkeiten des Beklagten gestützt: Er habe während seiner Amtszeit ein ungeheures Anwachsen der Verbindlichkeiten der BS. dadurch verschuldet, daß er, statt eine zuverlässige Geschäftsführung zu fördern, sein Augenmerk ausschließlich auf die von ihm herauszuholenden Gewinne gerichtet habe. Vermöge dieser Einstellung habe er sich nicht im geringsten darum gekümmert, daß die BS., insbesondere auch gegenüber den Klägern zu 1 und 2, wirtschaftlich unverantwortliche Verbindlichkeiten eingegangen sei. Ferner habe er die ganze Mißwirtschaft und das als „korrupt“ zu bezeichnende Geschäftsgebaren der BS., insbesondere auch die gemeinsame Kassenführung mit der LWB., welche die Buchführung ganz unübersichtlich gemacht habe, wissentlich geduldet. Auch die offensichtlich falschen Bilanzen habe er, obwohl ihm Bedenken hätten kommen müssen und auch gekommen seien, in den Gesellschafts-

versammlungen gebilligt. Trotz der ihm bekannten Verlustgefahr bei den schwebenden Geschäften habe er sich seine — völlig ungerechtfertigte — Abfindung von etwa 75 000 RM. zu Lasten der B.S. auszahlen lassen, so daß diese Auszahlung geradezu als eine Art „Schweigegeßel“ anzusehen sei. Die Ausführungen des Berufungsgerichts erwecken zum Teil den Eindruck, als ob das Berufungsgericht dem Beklagten gerade Pflichtwidrigkeiten dieser Art habe zur Last legen wollen, wenn auch nur, um daraus die Folgerung zu ziehen, er sei für die Nichtherbeiführung der Konkursöffnung verantwortlich; an einer Stelle sagt es geradezu, wenn auch ohne nähere Begründung, der Beklagte habe „die Mißwirtschaft durch mangelnde Aufsicht gefördert“. Hätte aber der Beklagte in nachweisbarer Kenntnis oder auch nur schuldhafter Unkenntnis solcher Mängel der Geschäftsführung deren pflichtwidrige Handlungen geduldet, ohne die den Umständen nach gebotenen Maßnahmen dagegen zu ergreifen, oder hätte er sogar das leichtfertige Geschäftsgebaren der Geschäftsführung gutgeheißen und gefördert, so würde er der B.S. gegenüber für die Schäden, welche dieser durch solche Mißwirtschaft erwachsen sind, unmittelbar mitverantwortlich sein, ohne daß es noch darauf ankäme, inwieweit er, wenn er wirklich einzugreifen versucht hätte, in der Lage gewesen wäre, den Geschäftsführer von seinem Geschäftsgebaren abzuhalten. Freilich würde insoweit das schädigende Ereignis, für das der Beklagte verantwortlich gemacht wird, ein anderes sein als bei seiner Inanspruchnahme für Nichtherbeiführung des Konkursantrages. Im letztgenannten Falle handelt es sich um ein zunächst unabhängig von der Einwirkung des Beklagten beurteiltes Ereignis, für das dieser verantwortlich gemacht wird, weil er grundsätzlich die Pflicht gehabt hätte, es von der Gesellschaft abzuwenden (Erfolgshaftung mit Entlastungsmöglichkeit). Hier dagegen steht ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten in Frage, das ihn für die pflichtwidrigen Handlungen der Geschäftsführung unmittelbar mitverantwortlich machen würde, so daß er für die nachteiligen Folgen dieser Geschäftsführung unter allen Umständen einzustehen hätte. In solchem Falle haben die Kläger sämtliche Schadensfolgen des vom Beklagten mitverschuldeten Verhaltens der Geschäftsführung darzulegen und zu beweisen. Das Berufungsgericht wird daher sein Augenmerk auch darauf zu richten haben, ob es etwa hierauf die Verurteilung des Beklagten zu stützen in der Lage ist.

3. Den Schaden, welcher der Gemeinschuldnerin durch die Nichtherbeiführung rechtzeitiger Konkursanmeldung entstanden sein soll und für den der Beklagte verantwortlich gemacht wird, erblickt das Berufungsgericht darin, daß seit der Konkursreise neue Gläubigerforderungen hinzugetreten sind; nach seiner Auffassung ist die B.S. um den Betrag dieser neuen Gläubigerforderungen geschädigt. Als solche stellt es die Forderungen der Kläger fest. Die Revision rügt mit Recht, daß diese Feststellung nicht ausreicht, um einen durch verspätete Konkursanmeldung der Gemeinschuldnerin zugefügten Schaden darzutun. Dadurch, daß die Kläger wegen ihrer seit Eintritt der Konkursreise entstandenen Forderungen aus der Konkursmasse keine Befriedigung finden können, sind unmittelbar nur die Kläger selbst geschädigt, so daß diese hierauf, beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 oder § 826 BGB. stützen können. Das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Ansprüche hat das Berufungsgericht aber gerade dahingestellt gelassen. Ferner bedürfte es keiner Darlegung eines besonderen Schadens, wenn der Anspruch sich etwa auf § 249 Abs. 3 in Verbindung mit § 241 Abs. 3 SGB. stützen ließe, es sich insbesondere um den Fall des § 241 Abs. 3 Nr. 6 SGB. handelte, daß eine Aktiengesellschaft Zahlungen geleistet hat, nachdem ihre Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder ihre Überschuldung sich ergeben hat (vgl. RGZ. Bd. 159 S. 211, insbesondere S. 230). Auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung findet aber nach § 52 GmbHG. der § 249 Abs. 3 SGB. keine entsprechende Anwendung, abgesehen davon, daß hier nicht die Leistung von Zahlungen, sondern nur die Eingehung von Verbindlichkeiten festgestellt worden ist. Eine Schädigung der B.S. kann hiernach durch verspätete Konkursanmeldung nur herbeigeführt sein, wenn und soweit sich bilanzmäßig feststellen läßt, daß seit dem Zeitpunkte, wo der Beklagte wegen Eintritts der Konkursreise hätte eingreifen müssen und die Konkursanmeldung hätte herbeiführen können, die Überschuldung der Gemeinschuldnerin zugenommen hat. Die Revision meint zwar, daß bei einer juristischen Person selbst eine Schuldenvermehrung als ein ihr zugefügter Schaden dann nicht gelten könne, wenn ihr Vermögen bereits durch Schulden aufgezehrt sei. Diese Auffassung wird jedoch der Bedeutung der Schadenersatzpflicht nicht gerecht. Auch eine überschuldete Rechtspersönlichkeit bleibt verpflichtet, ihre Gläubiger nach Möglichkeit zu befriedigen, und

hat von allen ihr zustehenden Rechten Gebrauch zu machen, um dieser Pflicht zu genügen. Sie ist daher durch jede Vermögensminderung insoweit geschädigt, als in deren Folge ihre Mittel zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichen (vgl. RG. in JW. 1937 S. 2481 Nr. 26). Hiernach wäre eine Feststellung des Berufungsgerichts erforderlich gewesen, inwieweit seit dem Zeitpunkte, von dem ab der Beklagte für die Nichterbeiführung des Konkurses verantwortlich wurde, eine Steigerung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin eingetreten ist. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht jedoch nicht, jedenfalls nicht mit hinreichender Deutlichkeit getroffen. Auch dieser Mangel in der Begründung des Berufungsurteils rechtfertigt daher dessen Aufhebung. Darauf, inwieweit die Kläger selbst geschädigt worden sind, kommt es für den hier in Rede stehenden Anspruch überhaupt nicht an.

4. Der Beklagte hatte sich gegenüber dem Schadenersatzanspruch der Gemeinschuldnerin, den die Kläger auf Grund der Abtretung oder Ermächtigung des Konkursverwalters geltend machen, auf eine ihm angeblich in verschiedenen Gesellschafterversammlungen der BS. erteilte Entlastung berufen. Das Berufungsgericht unterstellt, daß eine Gesellschafterversammlung, nämlich die im Schreiben vom 16. September 1929 erwähnte vom 12. September 1929, die Entlastung des Beklagten ausgesprochen habe. Es hält jedoch den etwaigen Entlastungsbeschluß für sittenwidrig und nichtig, soweit er darauf beruht, daß die Gesellschafter, welche die Mißwirtschaft kannten und selbst betrieben, dabei bewußt zum Nachteil der Gesellschaft und ihrer Gläubiger gehandelt haben. Hierbei geht es davon aus, daß jedenfalls der eine der beiden Gesellschafter, nämlich die RWB. durch ihr Vorstandsmitglied K. in Verbindung mit N., dem Geschäftsführer der BS., eine strafbare Mißwirtschaft betrieben habe. Ob auch der andere Gesellschafter, v. S., der den Geschäftsanteil der B. Wohnungsbau AG. im Juli 1929 erworben hat, für die Mißwirtschaft bei der BS. mitverantwortlich sei oder von ihr Kenntnis gehabt habe, läßt das Berufungsgericht dahingestellt; den Entlastungsbeschluß hält es auch im Falle seiner Unkenntnis für unwirksam, weil ihm irreführende Vorlagen gemacht worden seien und er bei Kenntnis der Sachlage die Entlastung nicht erteilt haben würde . . .

Die Angriffe der Revision hiergegen sind unbegründet; allerdings sind andererseits auch die Ausführungen des Berufungsgerichts

nicht in allen Punkten frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht geht hier davon aus, daß bei der Entlastungsbereitstellung vom 12. September 1929 die damaligen beiden Gesellschafter, die UWB., vertreten durch K., und v. S. mitgewirkt haben. Sofern v. S. hierbei im eigenen Namen und für eigene Rechnung gehandelt hat, ohne über die Mißwirtschaft der UWB. und die den Beklagten belastenden Vorgänge unterrichtet worden zu sein, wäre zwar der Entlastungsbeschuß als solcher nicht ohne weiteres unwirksam; er hätte aber nach ständiger Rechtsprechung nicht die Bedeutung eines Verzichts auf etwaige Ersatzansprüche, weil es in diesem Fall an der nötigen Aufklärung der Gesellschafter fehlen würde (vgl. z. B. RGZ. Bd. 152 S. 273 [282]). Soweit dagegen die UWB., sei es unmittelbar, sei es mittelbar, weil v. S. sowohl als Bevollmächtigter wie auch als Treuhänder der UWB. nur nach den Weisungen von K. gehandelt haben würde (§ 166 Abs. 2 BGB.), durch K. vertreten war, liegt es allerdings nach den Feststellungen des Berufungsgerichts so, daß derjenige, welcher die Entlastung erteilt hat, die Verhältnisse kannte und daher keiner besonderen Aufklärung bedurfte. Verzichtete er dann in Kenntnis der strafbaren Mißwirtschaft des Geschäftsführers und der Pflichtwidrigkeiten des Beklagten als Aufsichtsratsmitgliedes, die einen Schadensersatzanspruch gegen letzteren rechtfertigen, auf diesen Anspruch, so kann ein solcher Verzicht in der Tat gegen die guten Sitten verstoßen. Mag auch die Gesellschafterversammlung der GmbH. grundsätzlich befugt sein, auf Ansprüche der Gesellschaft zu verzichten, so liegt doch die Sache wesentlich anders, wenn und soweit sich die Gesellschafter der naheliegenden Gefahr des Zusammenbruchs der Gesellschaft bewußt sind, so daß der Verzicht nicht oder nicht ausschließlich zu Lasten der Gesellschafter geht, sondern in erster Linie die Gläubiger benachteiligt. Eine derartige Verzichtserklärung mit dem sittenwidrigen — möglicherweise auch nur bedingten — Vorbehalt, Dritte zu benachteiligen (§ 826 BGB.), ist mit der Rechtsicherheit im Verkehr unvereinbar und daher gemäß § 138 BGB. nichtig. Dies gilt jedenfalls für die GmbH., wenn die angegebenen Voraussetzungen auf sämtliche abstimmende Gesellschafter oder auch nur auf einen für das Ergebnis der Abstimmung wesentlichen Teil davon zutreffen. Ob das gleiche auch in Fällen angenommen werden könnte, wo die Grundsätze des Aktienrechts über die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen anzuwenden sind (vgl. RGZ. Bd. 131 S. 141 f.), insbesondere

§. 144/5), bedarf hier keiner Erörterung. Im übrigen würde es auch als eine unzulässige Rechtsausübung anzusehen sein, wenn der Beklagte einen Verzicht auf Rückgriffsansprüche aus einem Entlastungsbeschuß herleiten wollte, der entweder auf einer unzureichenden Aufklärung oder auf den Abstimmungserklärungen auch nur eines für das Abstimmungsergebnis wesentlichen Teils der Gesellschafter beruht, die aus den dargelegten Gründen sittenwidrig sind. Ob das Berufungsgericht im vorliegenden Falle die Feststellung hat treffen wollen, R. habe als der im Namen der UG. Abstimmende nicht nur die von der Geschäftsführung betriebene strafbare Mißwirtschaft gekannt und gefördert, sondern auch in dem Bewußtsein oder doch wenigstens mit dem bedingten Vorwisse gehandelt, dadurch angesichts des bevorstehenden Zusammenbruchs der BG. zugleich auch deren Gläubiger zu schädigen, ist nicht klar ersichtlich. Jedenfalls wird es Gelegenheit haben, bei der anderweiten Entscheidung hierzu, falls es darauf ankommt, ausdrücklich Stellung zu nehmen . . .